

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Presentación

Conscientes del permanente debate y las intensas discusiones que cobijan a la región respecto al nivel de regulación de modelos y sistemas económicos en la Carta magna, y el papel del juez constitucional en materia económica, en el marco del Estado de derecho, se propuso que el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, en su edición número veintitrés, reuniera algunas de estas reflexiones bajo el tema de la relación entre derechos fundamentales, constituciones y modelos económicos.

Ejes temáticos

Sin querer provocar un debate ideológico sobre el tema, muchas ideas tienen su inicio y su fundamento en el universo de opiniones sobre cómo la función del Estado económico se dinamiza entre dos polos, principalmente. Uno de ellos defiende un modelo de abstención total de la mano ordenante del Estado, incluso en la constitución de procesos económicos, con la convicción de la fuerza de autorregulación del mercado libre. El otro, basado en el principio de la planificación estatal centralizada, sostiene que el Estado es el agente relevante del mercado, por lo que la producción de bienes y servicios es un monopolio público que suprime cada fuerza del libre mercado. En busca de un camino intermedio entre aquellos dos extremos del liberalismo “radical-clásico” y la economía central planificada, en la primera mitad del siglo pasado emergieron propuestas sobre las bases constitucionales que debía tener una economía libre para desarrollarse de manera sana en una sociedad democrática.

Guiados por la idea de que la única manera de combinar el principio de libertad de mercado y un nivel justo de equidad social es la organización de la primera por la ley, dándole prioridad al nivel constitucional, se vislumbró al Estado como un mediador, un proveedor de condiciones institucionales, éticas y sociales para una operación eficiente y equitativa de la economía. Según la teoría de la economía social de mercado, el orden jurídico de un Estado, encabezado por su Carta magna, obtiene una función compensatoria y equilibradora capaz de corregir los posibles excesos y desbalances que puede presentar el sistema económico basado en mercados libres.

Como se puede percibir en los artículos en este Anuario, en Latinoamérica, en reacción a los problemas fundamentales del continente como la pobreza, la inseguridad social y la creciente brecha entre ricos y pobres, la discusión sobre la interdependencia entre constitución y economía se ha traducido en una gradual presión social por la introducción de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca) en la carta. Se ha mostrado que, en muchos casos, las reformas y políticas públicas han sido insuficientes para modificar radicalmente la realidad de exclusión y marginación de la región y para garantizar de manera efectiva aquellos derechos. Por eso, en varios países latinoamericanos se puede identificar una tendencia a la “hiperconstitucionalización” para prever cada vez más garantías económicas y sociales al nivel normativo más alto del Estado. Adicionalmente, en respuesta a la “paralización política” de los órdenes legislativos, también en los órdenes nacionales se ha tratado de establecer una economía social por medio de la “judicialización” de los Desca, usando la fuerza vinculante de las sentencias de las altas cortes.

Estos procesos –algunas veces paralelos, otras veces diferenciados– suponen que el reconocimiento creciente de los Desca y los derechos colectivos en las constituciones latinoamericanas pueden influir “desde arriba” en el orden económico y laboral, en tanto prescriben un nivel mínimo de seguridad social del ciudadano, al que tal vez pueda corresponder un deber de protección por parte del Estado, o de los cuales se podría interpretar una orden constitucional al poder legislativo de introducir mecanismos de control estatal a través de la ley ordinaria frente a la libre economía, o medidas de retribución financieras.

Sin embargo, este efecto tiene varios contraargumentos, si se tiene en cuenta que las sentencias constitucionales más importantes son relevantes para casos concretos los cuales, teóricamente, tienen un efecto solo interpartes. Por ello, se plantea la pregunta del alcance del poder “cuasi-legislativo” del juez constitucional o, por el contrario, de su posición deferente con el legislador o con el Gobierno que muchas veces tiene la iniciativa legislativa en materia económica. ¿Depende entonces de la voluntad política del primer y segundo poder que el Estado social de derecho no quede en una consigna que busca aplicar el juez constitucional, sin políticas públicas consistentes y sin presupuestos? ¿O tienen estas sentencias una fuerza vinculante, no solo moral, la cual hace cumplir la política y al empresario?

Presentación del contenido de los artículos

Con la idea de que los textos pueden convertirse en materia de generación de propuestas sólidas para la transferencia efectiva de valores constitucionales, sobre todo de derechos humanos, a la ley, la política pública, los tratados económicos suscritos y las sentencias judiciales, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en su *Anuario* para 2017, presenta complacido treinta artículos de diversos autores, de más de diez países de la región.

En sus textos los autores reflexionan sobre preguntas complejas, como: ¿deben las constituciones establecer parámetros sobre el sistema económico de los países y qué tan restrictiva y reguladora debe ser la constitución? O ¿debe la constitución abstenerse de regular y valorar el modelo económico de un Estado? ¿Deben los derechos humanos, sobre todo los Desca, servir de guía y limitar la decisión política en materia económica? ¿Qué papel juega la constitución frente a una distribución presupuestal destinada a la protección de los Desca? ¿Debería haber un dinero asegurado para esta causa? ¿Es posible compatibilizar las garantías de los derechos humanos con las exigencias de la economía, y qué riesgo hay si no se logra?

La obra ha compilado las contribuciones en dos grandes secciones: lecturas de las constituciones económicas y perspectivas del Estado de derecho y de la democracia en América Latina. Al respecto se resaltan cuatro temas en común de los diversos artículos que integran la mencionada sección. Primero, una tensión en diversos países del continente entre política económica y derechos fundamentales, como es el caso de la estabilidad laboral. También reúne interesantes planteamientos de esta relación como un enfoque de los derechos humanos en tanto límites al poder económico en un contexto de globalización, el papel de los principios de subsidiariedad y solidaridad en el marco constitucional, y la constitucionalización del derecho mercantil presente en algunos países latinoamericanos.

Segundo, la creciente preocupación en la región frente a los debates generados entre las libertades económicas y el principio del libre mercado, por un lado, y la garantía de diversos derechos económicos, sociales y culturales en conflicto con los límites presupuestales del Estado, tales como la seguridad social, los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a un medio ambiente sano, por otro.

Tercero, la publicación agrupa un maduro diálogo, que ya había sido objeto de una sección especial en la edición anterior del *Anuario*, sobre justicia y política, en particular frente a la intervención judicial en aspectos propios de políticas públicas económicas de los Estados. Se presentan textos que abordan los efectos de la jurisprudencia constitucional sobre el *habeas data* financiero, el control judicial de la intervención del Estado en la economía y el impacto de la jurisprudencia constitucional en torno a las libertades económicas.

Por último, hay un cuarto tema que recopila el estudio progresivo sobre la influencia mutua entre el derecho nacional e internacional en materia de regulación económica, particularmente en cuanto a los alcances y límites de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel interno, con textos sobre el impacto de estas decisiones en las políticas públicas y en los modelos económicos de los Estados, así como compromisos a nivel internacional frente al goce y cumplimiento de los derechos fundamentales y su influencia en la política económica de un país.

De otro lado, en la segunda sección del *Anuario* se abordan las perspectivas del Estado de derecho y la democracia en América Latina. Esta sección contiene análisis de actualidad frente a acontecimientos recientes en diversos países, como la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y los límites del poder constituyente

en Venezuela, el estatuto especial de los pueblos originarios en el constitucionalismo guatemalteco, y un agudo análisis –particularmente pertinente de cara a acontecimientos como los citados– en materia del ideal ético judicial.

Esperamos que esta nueva edición del *Anuario* promueva análisis comparativos, críticos y, sobre todo, reflexiones propositivas frente a los diversos aspectos económicos tratados en los artículos publicados, que deriven en diálogos académicos y políticos con soluciones que mejoren la calidad de vida en la región. Los textos publicados son el resultado de un riguroso proceso de selección y curaduría efectuado por el comité editorial del *Anuario*. A su vez, la edición incluye varias ponencias presentadas por diferentes magistrados que asistieron al XXIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer en Brasilia, del 1 al 3 de junio de 2017.

Ejes temáticos del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano en el año 2018

Con el ánimo de incentivar y motivar a una nueva discusión para la edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* del siguiente año reflexionamos sobre dos de los aspectos y desafíos centrales para las constituciones latinoamericanas y el Estado de derecho en nuestra región: 1) el papel protagónico que ejerce la ciudadanía en su creación, implementación, supervigilancia y reforma, y 2) la ejecución y el nivel de cumplimiento e implementación de las sentencias de las altas cortes, sobre todo de los tribunales constitucionales en la región.

1. Desde el poder constituyente como fuente creadora de la constitución, pasando por mecanismos de participación ciudadana como plebiscitos, referendos y consultas populares, constituidos en las cartas magnas latinoamericanas como instrumentos para cambiarlas a través de convocatorias al sentir popular, los ciudadanos tienen un papel transversal en la formación y transformación de los ordenamientos jurídicos del continente, lo que ya genera un tema de debate.

El concepto de participación ciudadana en la región ha generado una discusión teórica, jurídica y política entre los dos polos de democracia directa, que en su forma más rígida de gobernanza del pueblo es casi inexistente en la actualidad constitucional, y la democracia indirecta no participativa a través de representantes, en la que el pueblo interviene solo por medio del sufragio y la militancia en partidos políticos. Mediando entre estos dos extremos, y con un llamado por más participación, en las teorías contemporáneas de la democracia latinoamericana se han desarrollado formas de democracia indirecta en donde la ciudadanía puede participar de forma efectiva en la toma de decisiones incorporando la idea de que la participación ciudadana y sus nuevas formas son un eje del funcionamiento democrático.

Recientemente, América Latina ha sido testigo de primera mano de los alcances, los límites, los retos y las perspectivas de la relación entre participación ciudadana, constitución y gobernanza por representantes. Hechos como el plebiscito sobre el Acuerdo de Paz en Colombia; el llamado a una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela hecho por el Gobierno, y la consulta popular simbólica convocada por la oposición; el referendo que se debate en Ecuador para reformar varios aspectos de la Constitución; el plebiscito no vinculante en Chile sobre el sistema de pensiones, y diversas consultas mineras en Bolivia, Perú y Colombia así lo demuestran.

Pese a los cambios, en la región continúa la desconfianza de sus ciudadanos hacia el Estado y el instituto de la democracia, lo que provoca una baja credibilidad en sus instituciones, parlamentos y partidos políticos. Esta tendencia ha estimulado el fortalecimiento, en aumento, de una participación no institucionalizada y no regulada, y de la acción colectiva bajo movimientos estudiantiles, grupos de lucha contra la corrupción electoral, masiva oposición política, brotes de periodismo investigativo, portales de control ciudadano en internet, entre otros ejemplos, que se consolidan como mecanismos alternativos, y muchas veces efectivos, para incidir en la toma de decisiones. Además, existen corrientes inclinadas a un diseño institucional en las constituciones que sea flexible y que genere inclusión de las comunidades más vulnerables, una vinculación real en la toma de decisiones, así como modelos con más y mejores políticas de acceso a la información y uso de nuevas tecnologías, con mecanismos de transparencia que contribuyan al naciente concepto de “Estado abierto”.

Al tiempo que surgen mecanismos para la promoción y garantía de la participación ciudadana, se generan posturas políticas que limitan los espacios y se mutan en dificultades. Aunque la expansión de la voluntad ciudadana y el empoderamiento popular es “sombrija” de la mayoría de las campañas electorales, la construcción de una institucionalidad nacional vinculada y nutrida con participación todavía supone un tema de discusión. ¿Son los partidos políticos colectivos de expresión de la voluntad popular, o fungen solo como vehículos para lograr las ambiciones políticas de una persona o de un círculo de personas restringido?

Al otro lado se despiertan preguntas, oportunas para varios sectores, producto de fenómenos actuales generados por lo que se ha denominado “excesos de participación” o sistemas donde los espacios participativos pueden liderar fines perversos que afectan, por ejemplo, derechos de las minorías. Lo anterior ha llevado a pensar que “demasiada” participación ciudadana puede demorar los procesos de toma de decisiones a nivel legislativo y, en casos extremos, ha llevado a un bloqueo completo del funcionamiento del parlamento como representante del pueblo.

Para tal efecto se puede reflexionar sobre ¿qué tantos espacios de participación ciudadana deben tener los procesos democráticos de un Estado, y qué retos y beneficios presenta la utilización de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones trascendentales para un país? ¿Cuál es el rol actual de las tecnologías de la información y la comunicación en la implementación de mecanismos de participación ciudadana? ¿Qué expectativas genera la convocatoria a la ciudadanía para pronunciarse sobre aspectos sustanciales de política pública, cómo cumplirlas y qué sucede si estas son defraudadas? ¿Cuál es el efecto de la participación ciudadana en la administración de recursos naturales? ¿Qué implicaciones tiene para la garantía efectiva de los derechos fundamentales el fortalecimiento de la participación ciudadana?

2. Otro tema de importancia trascendental para la realización y consolidación del Estado de derecho en la región es el cumplimiento y la implementación de las sentencias de las altas cortes, sobre todo de los tribunales y las cortes constitucionales en materia de derechos humanos, tanto a nivel nacional como regional, y los mecanismos de ejecución de aquellas sentencias.

Durante generaciones, defensores de derechos humanos han luchado para que las cortes nacionales e internacionales reconozcan la justiciabilidad de los derechos fundamentales, principalmente de los Desca, y del principio de igualdad y no discriminación. Esta lucha ha tenido éxito en varios países, cuyas constituciones hoy en día consagran estos derechos y su justiciabilidad, y, hasta cierto punto, en los sistemas internacionales y regionales de derechos humanos. Como consecuencia de este proceso de constitucionalización y convencionalización de estos derechos fundamentales, muchos tribunales constitucionales han desarrollado una jurisprudencia ampliamente progresista y garantista en los últimos años, no solo respecto a un mínimo de seguridad social, sino también en tanto a la moral pública.

Sin embargo, por una mezcla de falta de voluntad política, restricciones presupuestales y conceptos morales y sociales tradicionales que todavía prevalecen en Latinoamérica, en muchos casos el legislador o el Gobierno no cumplen con el orden jurisprudencial de las altas cortes, lo hacen solo parcialmente o incluso cumplen pero con mucha dilación. Estamos constatando un recrudecimiento de la brecha de implementación ocasionada en el desbalance entre los avances normativos y jurisprudenciales en materia de derechos humanos en la teoría, y la poca garantía efectiva de los mismos en la realidad legislativa y administrativa de la mayoría de nuestros países. El desafío que ellos enfrentan ahora es asegurar que se implementen las decisiones sobre derechos fundamentales. Lamentablemente, hasta el día de hoy muchas sentencias se quedan en el papel, y la falta de implementación implica que las violaciones de estos derechos continúen. Este problema no

solamente restringe el goce efectivo de dichos derechos, sino que también amenaza la legitimidad del sistema judicial cuyas sentencias se ignoran.

En relación con el cumplimiento de las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos, sobre todo de la Corte IDH, se han identificado resistencias estatales frente al cumplimiento, tanto políticas como judiciales. Mientras que el grado o la naturaleza de la renuencia tiene mucho que ver con el tipo de medida de reparación otorgada –si se trata solo de un caso de *restitutio in integrum* o más bien de medidas estructurales–, en la mayoría de los casos las resistencias políticas ocurren cuando el incumplimiento de una sentencia se debe a factores políticos o institucionales, tales como el reparto de competencias entre los diferentes niveles administrativos del Estado, la intención de proteger a funcionarios o representantes estatales, el grado de institucionalidad o, simplemente, la voluntad política gubernamental. Por otro lado, las resistencias judiciales se producen cuando es un alto tribunal de un Estado el que estipula que este no se encuentra vinculado por las decisiones del tribunal de derechos humanos, o bien declara, como en el caso venezolano, que una sentencia es “inejecutable”.

Ahora bien, con el objetivo de mejorar el nivel de cumplimiento de estas sentencias cabe reflexionar sobre medidas adecuadas y mecanismos idóneos de implementación. Una estrategia que hemos podido observar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en cortes constitucionales nacionales, como la colombiana, es la introducción de mecanismos de supervisión o monitoreo de cumplimiento solicitando información de las instituciones estatales respecto a la implementación de las sentencias u ordenando medidas especiales. A veces también se ha trabajado con la aplicación de indicadores o la instalación de comisiones o expertos externos que cuentan con capacidades, conocimientos o procedimientos que la respectiva corte no tiene. En ocasiones, también se logró una especie de “intercambio sustantivo” al iniciar un diálogo entre los peticionarios y el Estado con la intención de contrarrestar el desequilibrio de poderes entre los partidos involucrados que existe en la mayoría de los casos.

Pese a estos esfuerzos, sobre todo en materia de Desca o derechos de las minorías, el nivel de cumplimiento de las sentencias de las cortes constitucionales resulta preocupante. En consecuencia cabe preguntarse ¿cuáles son los antecedentes y motivos principales para el incumplimiento de sentencias ligadas a los derechos humanos por parte de los actores estatales? y ¿cómo se puede combatir este fenómeno o contrarrestarlo de una manera más efectiva? ¿Cuál es la solución para superar las resistencias políticas y judiciales mencionadas? ¿Hay que buscar el diálogo o son más efectivos los instrumentos coercitivos? ¿Las preguntas son pertinentes de igual manera a nivel nacional respecto a la ejecución de la jurisprudencia regional en materia de derechos fundamentales, o hay diferencias?

Conclusión

Para abrir un espacio de reflexión sobre: 1) las relaciones entre la participación ciudadana y el desarrollo constitucional y legislativo en la región, y 2) el desafío de la implementación y el cumplimiento de sentencias relacionadas con derechos humanos, la edición de 2018 del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* convoca para dos secciones especiales sobre estos temas. Para ello, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica hace un llamado a las personas que quieran participar en esta nueva publicación, a enviar artículos sobre estos dos ejes temáticos conforme a los requerimientos del comité editorial.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha consolidado hasta su vigesimotercera edición como una plataforma especializada de debate, una publicación de diálogo de derechos humanos, donde cada vez tienen espacio nuevas voces y más países. Este proyecto editorial nos ha permitido constatar con complacencia su evolución y la estrecha cercanía de abogados, litigantes, estudiantes y funcionarios judiciales de distintos países de la región. Seguimos firmes y esperamos que la narrativa y los escenarios técnicos y temáticos que nos propone cada año continúen sirviendo como radar de las discusiones más relevantes de la región.

Por último, una vez más el Programa Estado de Derecho extiende su gratitud y admiración a los autores, por la calidad de sus trabajos y la disposición constante en la responsabilidad de compartir conocimientos, un sentimiento que esperamos sea replicado por los lectores a lo largo del hemisferio.

Marie-Christine Fuchs y Daniel Alejandro Pinilla
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Konrad-Adenauer-Stiftung